

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2010
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Gestión colectiva. Posición de dominio.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Colombia

ORGANISMO: Superintendencia para la Promoción de la Competencia

FECHA: 30-9-2002

JURISDICCIÓN: Administrativa

FUENTE: Portal de la doctora Beatriz Bugallo en <http://bugallo.info/>

OTROS DATOS: Auto 2455. Radicación.02051234

SUMARIO:

“... el derecho que reposa en cabeza de los artistas, intérpretes, ejecutantes o productores de la música es un derecho patrimonial de carácter particular que permite a su titular, la disposición de uso, goce y disfrute frente al mismo a través de las diferentes figuras previstas en la normatividad, como lo es la del mandato especial”.

“Es así como las sociedades de gestión colectiva SAYCO (sociedad de autores y compositores de Colombia) y ACINPRO (asociación de intérpretes y productores fonográficos) adquieren la facultad de recaudar y distribuir entre sus socios las remuneraciones provenientes de los derechos que les correspondan”.

[...]

“... la Organización Sayco-Acinpro adquiere la legitimidad para recaudar los dineros por la ejecución y comunicación pública de la música en los establecimientos abiertos al público en todo el territorio nacional”.

[...]

“Si bien se trata de una organización única dentro del territorio nacional para el cobro de los derechos por utilización de la música, no puede endilgársele un abuso de posición de dominio cuando las conductas por ella ejercidas no encuadran dentro de los supuestos aplicables que contiene la norma”.

[...]

“... para cada caso se presentan características especiales las cuales no permiten generalizar el monto a cobrar, por lo que la discriminación acusada no es más que una categorización realizada por la Organización Sayco- Acinpro, sin la cual podría incurrirse en un desequilibrio respecto a las condiciones sociales, geográficas y económicas en general de los establecimientos que pagan los derechos autor y conexos”.

[...]

“En este caso, no se presenta una venta en condiciones diferentes por parte de la Organización denunciada. Se trata del cobro de unos derechos patrimoniales, realizado bajo el mismo procedimiento para todos los usuarios. Es decir, aunque el monto varía las condiciones son las mismas, no siendo viable interpretar como conducta anticompetitiva la ejercida por Sayco-Acinpro. Además, tampoco pudo demostrarse en la indagación preliminar la existencia de una intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado, sin la cual no se recorre a cabalidad los supuestos de la norma en concreto”.

“De lo anterior se colige que la intención del legislador es y siempre ha sido que las tarifas cobradas por las sociedades de gestión respecto a los derechos de autor sean fijadas luego de una concertación con el usuario directo de las obras musicales. Por esta razón, se analizaron los procedimientos aplicados por al Organización Sayco-Acinpro, encontrándose que no existen elementos de prueba que permitan determinar una infracción a las normas sobre Promoción de la Competencia y Prácticas Comerciales Restrictivas”.

“Al implementarse la concertación y conciliación como métodos para la imposición de tarifas, se entiende la razón por la que no existe una equivalencia entre los diversos cobros, toda vez que en cada caso debe analizarse las condiciones del establecimiento, determinado el monto de acuerdo a factores diversos que inciden en la negociación. No se trata entonces, de una discriminación por parte de Sayco Acinpro si se tiene en cuenta que las condiciones que posee cada uno de los usuarios con lo que se concerta, son diferentes y no participan de manera equivalente frente al pago de los derechos por la utilización pública de la música”.

COMENTARIO: Desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, una posición de dominio implica que un agente económico ostenta una situación privilegiada, sea por ser el único en el mercado del respectivo producto o servicio, o bien porque está en condiciones de imponer condiciones desfavorables a los demás agentes que puedan significar una amenaza competitiva. Pero la posición de dominio no se traduce en una conducta abusiva cuando con ella no se incurre en prácticas obstructivas ni se imponen tratos discriminatorios o diferenciados que no se justifiquen en un mercado transparente. De allí que el trato diferenciado, por sí mismo, no implica necesariamente un abuso de posición de dominio, ya que un agente económico puede cobrar precios distintos o aplicar condiciones diferentes por razones justificadas. Así, en el caso de las entidades de gestión colectiva, si bien ostentan una situación privilegiada en el mercado de las obras, prestaciones artísticas o producciones fonográficas (la mayoría de las veces de carácter monopólico dentro del género correspondiente y/o la categoría de titulares, sea dicho monopolio de hecho o de derecho), ello no supone que actúen en forma abusiva cuando aplican tarifas diferenciadas, cuando las características de la explotación del repertorio que administran son distintas, por ejemplo, de acuerdo a la modalidad de utilización o a los ingresos derivados del uso de dicho repertorio. © Ricardo Antequera Parilli, 2010.

TEXTO COMPLETO:

LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

En ejercicio de las facultades conferidas por el decreto 2153 de 1992, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2, numeral 1, 44 y 52 del Decreto 2153 de 1992, concordantes con la ley 155 de 1959, esta Superintendencia es competente para determinar la necesidad de iniciar una investigación administrativa por Prácticas Comerciales Restrictivas.

SEGUNDO: Que mediante comunicación radicada bajo el número 02051234 del 14 de junio de 2002, el doctor Fernando Zapata López, Director General de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, remitió a este Despacho copia del oficio fechado el 08 de mayo de 2002, en donde el doctor Sabas Pretelt de la Vega, Presidente de la Federación Nacional de Comerciantes, manifiesta la inconformidad del mencionado gremio debido a los montos y procedimiento para cobrar las tarifas impuestas a la utilización de los derechos de autor y conexos por parte de la Organización Sayco-Acinpro, situación que podría estar constituyendo una violación a las normas sobre promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Específicamente considera el presidente de FENALCO que con las conductas ejercidas, la Organización Sayco- Acinpro está incurriendo en un abuso de posición dominante en detrimento de los establecimientos de comercio usuarios de la música y de los propios autores e intérpretes al desestimular la ejecución pública de la música. Cita el quejoso el numeral 2°, artículo 50 del decreto 2153 de 1992, que a la letra establece: "Abuso de posición dominante...se tendrá en cuenta que cuando exista posición dominante constituyen abuso de la misma las siguientes conductas: 2. La

aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas."

TERCERO: Que en desarrollo de las facultades contenidas en el numeral 11 del artículo 20 del Decreto 2153 de 1992, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia ordenó la práctica de una visita administrativa en las instalaciones de la Organización Sayco-Acinpro, mediante el memorando número 02051234- 02, con el propósito de determinar el mérito para iniciar una investigación por la presunta violación a las normas de promoción de la competencia.

CUARTO: Que en desarrollo de lo preceptuado en el artículo 12 del Código Contencioso Administrativo se le solicitó a la doctora Jimena Peñafort, Vicepresidente Jurídica de la Federación Nacional de Comerciantes FENALCO, aportar la información contenida en la comunicación número No.02051234 -01 del 23 de julio de 2001.

QUINTO: Que aún cuando no se obtuvo respuesta al anterior requerimiento por parte de FENALCO, el material probatorio recaudado a través de otros medios es suficiente para evaluar la procedencia de una investigación administrativa en contra de la Organización Sayco Acinpro por la realización de conductas contrarias a la libre competencia.

SEXTO: Que a partir del análisis de la documentación correspondiente a la averiguación preliminar adelantada por este Despacho de acuerdo con lo establecido en los artículos 11 numeral 1 y 52 del decreto 2153 de 1992, se infiere que las conductas objeto de averiguación preliminar y realizadas la Organización Sayco-Acinpro, no constituyen una infracción a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas, en la medida que las actividades realizadas tratan sobre la administración y explotación económica de un derecho patrimonial como es el que versa para los autores y productores sobre las obras musicales, es decir, que no existe una adecuación de las conductas

denunciadas dentro de ninguno de los supuestos normativos consagrados en la ley 155 de 1959 y/o el decreto 2153 de 1992.

SÉPTIMO: Que en desarrollo de sus facultades administrativas, esta Superintendencia considera que no existe mérito para iniciar una investigación por Prácticas Comerciales Restrictivas, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

7.1. Investigaciones administrativas por Prácticas Comerciales Restrictivas.

Es función de la Superintendencia de Industria y Comercio "velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales, sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas..."

Dentro del mismo ordenamiento, como funciones especiales del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia se establece las de "1. Iniciar de oficio, o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares sobre infracciones a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas (..).2. Resolver sobre la admisibilidad de las denuncias de que trata el numeral anterior."

7.2 Principio de legalidad

Los artículos 6 y 123 de la Constitución Nacional y 2° del Código Contencioso Administrativo, desarrollan el llamado principio de legalidad bajo el cual se rigen los actos administrativos y que consiste en que la administración está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir, que todos los actos que dicte y las actuaciones que realice deben respetar las normas jurídicas mientras estas no sean anuladas o suspendidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En un sentido práctico, el principio de legalidad constituye una limitación a la actividad de la administración, por cuanto significa que en ella no puede hacer sino lo que la ley le permite, so pena de incurrir en extralimitación en el ejercicio de sus funciones En este orden de ideas la Superintendencia de Industria y Comercio al aplicar las normas que rigen sus funciones debe considerar que los hechos denunciados se adecuen a los supuestos de hecho exigidos por la ley.

7.3. Caso concreto

El objeto de la averiguación preliminar iniciada era el de determinar si existían elementos de juicio suficientes para ordenar una investigación administrativa en contra de la organización Sayco-Acinpro, por la presunta realización de prácticas comerciales restrictivas consistentes en un abuso de posición dominante surgido del procedimiento mediante el cual se establece el monto de las tarifas cobradas a los usuarios de los derechos de autor y conexos administrados por la mencionada organización.

7 .3.1 Libertad económica - derecho de remuneración

La libertad económica supone necesariamente un escenario en el que se proteja y garantice una libre competencia que permita a los agentes económicos acceder efectivamente al mercado, ofreciendo sus bienes y servicios a los consumidores. Esta libertad se desarrolla dentro de los límites legalmente establecidos o bajo las limitaciones de índole contractual realizadas en desarrollo de la autonomía de la voluntad de los particulares.

De este modo la libertad económica, ejercida bajo los parámetros previstos en las leyes, permite a los oferentes de un bien o servicio, establecer de manera independiente las políticas de mercadeo y comercialización de sus bienes, pudiendo para el efecto venderlos directamente o a través de agentes intermediarios.

El literal B del artículo 3° de la ley 23 de 19823 establece como facultad exclusiva para el

titular del derecho de autor la de disponer de su obra "(...) con fines de lucro o sin él, por medio de la imprenta, grabado, copias, molde, fonograma, fotografía, película cinematográfica, videograma, y por la ejecución, recitación, representación, traducción, adaptación, exhibición, transmisión o cualquier otro medio de reproducción, multiplicación o difusión conocido o por conocer;"

Respecto a la ejecución pública de obras musicales, la misma norma establece que "Los artistas intérpretes o ejecutantes, o sus representantes tienen el derecho de autorizar o prohibir la fijación, la reproducción, la comunicación al público, la transmisión o cualquier otra de utilización de sus interpretaciones y ejecuciones. (...)"

Igualmente, el artículo 2° del Decreto 1721 de 20025 establece que: "Los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas tienen derecho a percibir una remuneración económica equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión., o para cualquier comunicación al público, de los fonogramas publicados con tales fines."

Lo anterior nos indica, que el derecho que reposa en cabeza de los artistas, intérpretes, ejecutantes o productores de la música es un derecho patrimonial de carácter particular que permite a su titular, la disposición de uso, goce y disfrute frente al mismo a través de las diferentes figuras previstas en la normatividad, como lo es la del mandato especial.

Es así como las sociedades de gestión colectiva SAYCO (sociedad de autores y compositores de Colombia) y ACINPRO (asociación de intérpretes y productores fonográficos) adquieren la facultad de recaudar y distribuir entre sus socios las remuneraciones provenientes de los derechos que les correspondan. Por su parte, Sayco-Acinpro es una entidad sin ánimo de lucro cuya personería jurídica fue otorgada por la Alcaldía Mayor de Bogotá el 18 de noviembre de 1987 y en donde participan como asociadas las sociedades de gestión colectiva antes anotadas.

Por lo tanto y teniendo en cuenta que su objeto principal es el de: " 1. Recaudar para sus asociadas, las percepciones pecuniarias provenientes de la ejecución pública de las obras literario musicales, interpretaciones, ejecuciones y producciones fonográficas que según la ley corresponde, a los autores y compositores asociados a SAYCO; y a los artistas, intérpretes, ejecutantes y productores del fonograma, asociados a ACINPRO.

Recaudar para sus asociadas, las percepciones pecuniarias provenientes de la comunicación pública de las obras literario-musicales, interpretaciones, ejecuciones y producciones fonográficas realizadas mediante equipos de radiofonía, aparatos de televisión, o por cualquier proceso mecánico o eléctrico, electrónico, sonoro o audiovisual o por cualquier otro medio conocido o por conocerse, en establecimientos abiertos al público."

Debe concluirse que la Organización Sayco-Acinpro adquiere la legitimidad para recaudar los dineros por la ejecución y comunicación pública de la música en los establecimientos abiertos al público en todo el territorio nacional.

7.3.2 Principio de concertación para el monto y cobro de las tarifas

El artículo 73 de la ley 23 de 1982, establece que: "En todos los casos en que los autores o las asociaciones de autores, celebren contratos con los usuarios o con las organizaciones que los representen, respecto al derecho de autor, por concepto de ejecución, representación, exhibición y en general, por uso o explotación de las obras protegidas por la presente ley, serán las tarifas concertadas en los respectivos contratos, las que tendrán aplicación, siempre que no sean contrarias a los principios consagrados por la misma".

Así mismo, la ley 719 de 2001, por la cual se modifican las leyes 23 de 1982 y 44 de 1993 y se dictan otras disposiciones, plasma en su artículo 1° que: "Las tarifas a cobrar por parte de las sociedades de gestión colectiva de Derecho de Autor y. conexos deberán ser concertadas con los usuarios de las obras,

interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según el caso (...)"

Por su parte, el Decreto 1721 del 06 de agosto de 2002, expedido por el Ministerio del Interior, a través del cual se reglamentó la ley 719 de 2001, plasma en sus capítulos tercero y cuarto los mecanismos de concertación respecto al manejo de las tarifas que deben aplicar las sociedades de gestión frente a los usuarios no asociados u organizados y ante las asociaciones y organizaciones de usuarios.

Dentro de las indagaciones realizadas se pudo constatar que los procedimientos mediante los cuales la Organización Sayco-Acinpro recauda los dineros provenientes del cobro por el uso no encuadran dentro de las conductas previstas en el decreto 2153 de 19929, Si bien se trata de una organización única dentro del territorio nacional para el cobro de los derechos por utilización de la música, no puede endilgársele un abuso de posición de dominio cuando las conductas por ella ejercidas no encuadran dentro de los supuestos aplicables que contiene la norma. Veamos:

El numeral 2°, artículo 50 del decreto 2153 de 1992 establece como abuso de posición de dominio "La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en (Subrayado fuera de texto) Como se ha podido constatar en los documentos allegados al expediente, la Organización Sayco- Acinpro busca la concertación con cada uno de los usuarios de la música para el monto y cobro de las tarifas. De igual manera, se realiza una liquidación individual teniendo en cuenta "la categoría del establecimiento, el estrato social en el cual se encuentra ubicado, la zona, la categoría del municipio, la capacidad y la actividad principal del establecimiento."

Es así, como no es posible determinar una existencia de condiciones análogas para el cobro de las tarifas, la cual permita establecer una efectiva discriminación frente a uno u otro usuario de la música. Debe tenerse en cuenta que para cada caso se presentan características especiales las cuales no permiten generalizar el monto a cobrar, por lo

que la discriminación acusada no es más que una categorización realizada por la Organización Sayco- Acinpro, sin la cual podría incurrirse en un desequilibrio respecto a las condiciones sociales, geográficas y económicas en general de los establecimientos que pagan los derechos autor y conexos.

El numeral 4° del ya mencionado artículo plasma como abuso "La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado".

En este caso, no se presenta una venta en condiciones diferentes por parte de la Organización denunciada. Se trata del cobro de unos derechos patrimoniales, realizado bajo el mismo procedimiento para todos los usuarios. Es decir, aunque el monto varía las condiciones son las mismas, no siendo viable interpretar como conducta anticompetitiva la ejercida por Sayco-Acinpro. Además, tampoco pudo demostrarse en la indagación preliminar la existencia de una intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado, sin la cual no se recorre a cabalidad los supuestos de la norma en concreto.

De lo anterior se colige que la intención del legislador es y siempre ha sido que las tarifas cobradas por las sociedades de gestión respecto a los derechos de autor sean fijadas luego de una concertación con el usuario directo de las obras musicales. Por esta razón, se analizaron los procedimientos aplicados por al Organización Sayco-Acinpro, encontrándose que no existen elementos de prueba que permitan determinar una infracción a las normas sobre Promoción de la Competencia y Prácticas Comerciales Restrictivas.

Al implementarse la concertación y conciliación como métodos para la imposición de tarifas, se entiende la razón por la que no existe una equivalencia entre los diversos cobros, toda vez que en cada caso debe analizarse las condiciones del establecimiento, determinado el monto de acuerdo a factores diversos que inciden en la negociación. No se trata entonces, de una discriminación por parte de

Sayco Acinpro si se tiene en cuenta que las condiciones que posee cada uno de los usuarios con lo que se concerta, son diferentes y no participan de manera equivalente frente al pago de los derechos por la utilización pública de la música.

OCTAVO: Que de conformidad con lo establecido en las consideraciones anteriores, no se encuentra el mérito suficiente para ordenar la apertura de una investigación por violación a las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

RESUELVE

PRIMERO: Ordenar el archivo del expediente No 02051234, por lo consignado en la parte motiva de este auto.

SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de este acto administrativo al doctor Sabas Pretelt de la Vega, en su calidad de Presidente de la Federación Nacional de Comerciantes, entregándole copia del mismo e informándole que contra esta providencia procede el recurso de reposición ante la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación. De igual manera deberá comunicarse la presente decisión al señor Carlos Vasco, como representante legal de la Organización Sayco Acinpro.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y CÚMPLASE